

# 保障民事诉讼中当事人的调查取证权

陈宝勤

**摘 要** 我国民事审判方式改革强化了当事人的举证责任,但是现行立法却未能保障当事人实现其调查取证的权利,实务中当事人收集证据困难重重。本文从我国当事人调查取证的现状出发,考察分析了两大法系主要国家的取证制度,并加以借鉴,结合我国国情,提出了保障当事人调查取证权的具体制度构想。

**关键词** 民事诉讼 当事人 调查取证权 制度构想

中图分类号 D923.1

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2009)08-171-02

## 一、当事人调查取证权的现状及问题的提出

举证责任是民事诉讼法的脊梁,在我国,始于20世纪80年代的民事审判方式改革正是以举证责任制度的建立和完善作为突破口。改革前,我国的诉讼模式带有明显的职权主义色彩,法官居于整个诉讼的中心地位,其重要特点之一就是法官包揽证据的调查收集,造成了诉讼的低效率、程序和实体的不公正。出于对这种取证制度弊端的反思,审判方式改革将强化当事人举证责任,弱化法官的职权取证作为改革的重点,并在立法上予以明文规定。如《民事诉讼法》第64条规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”这种改革方向无疑是正确的,也是世界各国通行的模式。与当事人举证责任相适应,我国民事诉讼法确认了当事人调查收集证据的权利。然而法律和司法解释均未就当事人调查取证的具体措施、手段做出详细规定,也没有规定任何救济途径。没有救济就没有权利,实务中,当事人很难甚至根本无法收集到自己需要的证据材料,当事人的证据调查取证权形同虚设。

然而,当事人的调查取证权不管是从诉讼模式的角度来看,还是从证据制度的体系来看,都具有极为重要的作用。从诉讼模式的角度来看,审判方式的改革强化了当事人的举证责任,也就加大了当事人的诉讼义务,而诉讼义务的增加应当同时伴以诉讼权利扩大。目前我国的民事诉讼的当事人就正面临着诉讼义务加大而诉讼权利却被弱化的尴尬局面。从证据制度的体系来说,当事人的调查取证权应当是整个体系的基础和前提,举证期限、庭前证据交换、证明责任等后续制度,都建立在当事人能迅速收集到证据的基础上。一方面,当事人的调查取证权具有极为重要的理论和实践意义,而另一方面,这一重要权利却被“虚化”了,这个矛盾已经成为我国司法实践和改革中亟待解决的问题。

## 二、国外对当事人调查取证权的保障及启示

在此,笔者主要比较分析两大法系的代表性国家在现行的民事诉讼模式下对当事人收集证据的保障机制。

### (一)英美法系的取证制度

在英美法系国家,受当事人主义的影响,法院原则上不介入当事人的证据收集活动,只在特殊情况下给予必要的干预与救济,最典型的是美国。美国的证据开示,是指当事人有权在法庭外直接向对方当事人或第三人索取或提供与案件事实有关的信息和证据的一项程序制度。根据《美国联邦民事诉讼规则》第26条,当事人除本身负有义务外,可以运用下列五种手段发现和收集证据:(1)笔录证言,即经宣誓后通过询问证人证言,并由在场的书记官逐字记录;(2)质问书,即当事人可用书面形式质问对方当事人,对方当事人必须全面地做出书面答复并附以书面宣誓;(3)查验文件,即查验对方当事人或第三人所持有的文件或其他物证;(4)自认要求,即允许一方当事人向对方当事人提出草拟的事实

声明,要求对方自认这一声明是真实的;(5)身体检查,即对身体状况有争议者进行生理或心理检查。其中笔录证言是最常用的开示方式。当事人采用前四种方式一般不必经法院许可即自主进行,只有第五种方法涉及人身权利及隐私,要求必须具有正当理由且经法院审查许可后方可进行。

当请求开示的当事人在被请求人拒绝开示时,可以请求法院发出强制当事人配合开示的命令,对于没有正当理由而拒绝履行开示义务的,《美国联邦民事诉讼规则》规定了多种制裁措施,包括未开示的证据或证据信息不允许在开庭审理、听审或申请时当作证据使用;免除他方当事人的证明责任;驳回诉讼或作出缺席判决;单独或同时命令当事人或其律师或两者共同负担对方因此产生的合理费用;对不服从强制发现命令的,可以视情况采取罚款;对故意者甚至可以藐视法庭罪处以罚款和拘留,等等。

英国的证据开示制度与美国类似,只是在具体做法上有所不同,包括书证材料的发现和查阅、勘验财产、宣誓答复问题笔录、披露鉴定人报告、要求第三人出示证据或要求证人到庭作证等方式。

### (二)大陆法系的取证制度

大陆法系国家相对于英美法系来说,更强调法院的职权,当事人的调查取证权利一般要通过向法院提出证据申请来实现。德国民事诉讼法在大陆民事诉讼制度的历史沿革中曾一度起到表率作用,因此这里也主要以德国为例。

《德国民事诉讼法》规定,举证人有权要求交出或提出证书时,对方当事人有提出证书的义务,此即“文书提出命令”。当事人必须先向法院提出命令对方当事人提出证书的申请,说明该证书与案件的相关性、证书的内容、所能证明的事实等,法院审查后认为证书证明的事实重要、申请有理由,即签发提出文书命令。文书提出命令适用于收集对方当事人持有的书证,也可用于向案外第三人收集相关书证。如果对方当事人不服从提出文书的命令,法院可以把举证人提出关于文书的性质和内容的主张视为已经得到证明;如果第三人不履行文书提出义务,举证人只能以诉讼的方式强制其履行。除了文书提出命令外,德国民事实体法还赋予了当事人资讯请求权。资讯请求权是一方当事人根据民事实体法享有的要求对方当事人提供与其相关的信息的权利。当事人的这项权利只能针对对方当事人,而不能针对案外第三人,并且对此项权利唯一的救济是当事人可提出独立的证据调查程序,并由法院裁决、强制对方履行义务。对于证人证言的收集,当事人可申请和指明证人。证人除非有拒证特权,任何知道案件情况的人都有接受法院传唤到庭作证的义务。否则,法院可以让其负担相应的费用,还可以对其处以违警罚款。如果不交罚款,可以对其处以违警拘留。此外,德国民事诉讼法还规定了准备书状前交换制度和证据保全制度。

日本的民事诉讼法受到德国法和美国法的影响,兼具两大法系的特点,在证据调查收集制度上亦是如此。日本的新民事诉讼法规定了文书提出命令制度、准备程序中的准备书状交换制度,并且明确将文书提出命令扩大到录音带、录像带、计算机磁盘等证据的收集。此外,还借鉴了美国发现程序中的质问书制度,设立了当事人照会制度。即是在庭审之前,在法院不介入的情况下,为准备庭审所需证据,当事人彼此以书面形式向对方提出质问,限期要求对方回答所质问事项。

### (三)启示

两大法系的证据收集制度各有优缺点。英美法系的证据开示制度主要依靠当事人自主取证,优点是当事人取证范围广,手段多,制裁严厉,当事人可以充分挖掘证据查明案情,也减轻了法院的负担,但另一方面,开示程序可能导致高昂的费用、取证权的滥用和诉讼的拖延。大陆法系基本上是先由当事人向法院提出申请,在法院的主持下收集证据,优点是保证了取证的成功率,取证权不易被滥用,但当事人对事实的挖掘程度也就不及英美法系,法院的负担也较重。

尽管两大法系的取证制度各有优缺,但我们也不难发现它们之间的一些共同点:(1)都以立法的形式明确规定了当事人取证的各种方法手段;(2)对于违反证据提供义务的人,都规定了明确的制裁措施和救济;(3)都明确拒证特权,对提供证据的义务进行限制;(4)都强调当事人的举证责任,并注重法院程序控制权的运用。

### 三、我国当事人调查取证制度的完善

(一)明确当事人取证的范围,理清当事人取证与法院依职权取证的关系

我国民事审判改革既已强化了当事人的举证责任,相应的也应当加强当事人的调查取证权。立法应重视当事人在取证中的主导作用,当事人可以取证的范围不仅包括可采性证据本身,还应包括所有可能被合理认为能导致可采性证据发现的资料,不仅包括能证明实体争议的证据还包括能证明程序性事项的证据。

《证据规定》第15条规定了人民法院可依职权调查收集的证据限于:涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实;涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。法院作为裁判者不应过多地主动收集证据,这是保障法官中立,实现程序和实体公正的要求,相反地,应当加强法院的程序控制和指挥权,辅助和从程序上保障当事人权利实现的角色。

### (二)保障当事人调查取证的制度构想

对于当事人取证权的实现,应当通过具体的程序予以保障。在借鉴各国经验的基础上,结合我国的社会现实和司法实践,提出以下制度构想。

#### 1. 实行调查令制度

该制度适用于书证、物证和视听资料的收集。此制度类似于大陆法系的文书提出命令,当当事人自行从对方当事人或第三人处收集证据受阻时,可以向法院提出申请,请求法院签发命令,强制对方当事人或第三人提交。上海等地的法院从1998年起在全国首先试行调查令制度,调查令被律师称为“治疗律师执业三大难题之一——取证难的一帖良方”,然而实践中不少律师也遇到了“内部规定”等重重阻碍,法律并未对调查令作出任何规定,因而调查令制度也未能在全国推广。笔者认为,在目前已经有了十年的实践经验的基础上,可以以立法的形式赋予调查令的合法地位和强制力,明确规定调查令的性质、申请主体、持令主体、申请理由、使用时间和对象等具体程序规则,同时赋予被申请人提供证据者异议权,由法院裁决;对没有正当理由拒绝履行调查令义务的行为明确规定制裁措施,比如罚款、按藐视法庭罪处理等。

#### 2. 询问笔录、质问书、要求自认

在我国,当事人负有真实陈述的法定义务,但是实践中,当事人只作对自己有利的陈述甚至虚假陈述,而对此法律没有该规定任何不利的法律后果,法官也往往不会将其作为定案的根据,致使当事人陈述作为一种法定证据形式失去了应有的作用。对此,笔者认为可以借鉴英美法系的证据开示制度,建立询问笔录制度、质问书制度和要求自认制度。

询问笔录是指在审前准备程序法官的主持下,双方当事人宣誓后,由一方当事人就案件有关事项提出询问,对方口头回答。一方当事人要求询问对方当事人,应向法院提出申请,对方当事人拒不回答询问的,可视为一方当事人对询问事项的主张成立。质问书是双方在互相询问之后,就询问笔录仍有疑义之处,以书面形式有针对性地向对方当事人提出问题由对方回答,以此来收集证据的方法。当事人一方可直接向对方送达质问书,但需在法院备案。对方当事人有正当理由可提出异议,在法定期间内不提出异议又不回复的,可视为质问书主张的事实成立。要求自认指一方当事人可通过法院要求对方当事人就案件的事实、证据主张以及适用法律的意见等表明承认态度的方法。自认的事实免证。

#### 3. 完善证人出庭作证制度

目前在中国,证人拒绝出庭作证已成为一种普遍现象。为改变这种状况,首当其冲的是要由法律明确规定拒绝作证的法律后果。对于经法庭传唤无正当理由拒不到庭的证人,依情节可处以训诫、拘传、罚款、拘留等处罚。为防范证人作伪证,可对其苛以伪证罪。其次,要规定拒证特权,考虑到我国的现实情况,应赋予律师、夫妻、心理医生、精神病医生、特定公务人员等拒证特权,但拒证特权可以自愿放弃。再次,加强对证人及其亲属的人身、财产安全事前和事后的保护,扩大补偿范围,包括证人因作证而支出的费用、证人及其亲属因作证受到打击报复造成的损失等。

#### 4. 完善证据保全制度

证据保全是指当事人对于可能灭失或者以后难以取得的证据,申请有关机关对证据采取的预先确认或固定的保护性措施。证据保全作为当事人在发现证据后但难以取得或保存证据的紧急情况下的一种应急和救济措施,其作用是不容忽视的。为保障当事人的调查取证权,应当适当放宽申请证据保全的条件。

#### 5. 完善证据交换制度

证据交换制度是指在正式开庭审理前,诉讼双方在一定的时间、地点交换将在法庭上出示的证据,对一些无争议的证据记录在卷,整理一些有争议的证据和争议焦点的制度。虽然一般情况下证据的收集是证据交换的前提,但是反过来证据交换也能够为当事人提供收集反驳证据的线索,从而有助于当事人进一步发掘证据。同时,对于在证据交换程序中未开示的证据应当不允许当事人在庭审中使用。证据收集与证据交换就像揭示案件事实的两个轮子,应当科学地配套运行。

### 四、结语

目前,我国民事诉讼中当事人举证责任加重而调查取证权却被“虚化”,诉讼权利义务不对等造成了实务中当事人取证困难,对此,本文在借鉴两大法系先进经验的基础上,提出了上述具体制度构想,而任何制度设计只有通过立法形式予以明确,才能切实有效地起到保障当事人权利的作用。完善当事人的取证制度,对于解决实务中的困难,实现效率和公平两大诉讼目标,推进我国民事诉讼改革,具有重要且紧迫的意义。

#### 参考文献:

- [1]张艳蕊. 民事诉讼取证制度研究. 中国矿业大学学报(社会科学版) 2003(2).
- [2]谭兵主编. 外国民事诉讼制度研究. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3]仲伟. 民事诉讼取证制度研究. 安徽: 安徽大学法律系, 2006.
- [4]王蒙蒙. 民事诉讼取证权: 困境与出路. 法制与社会, 2007(8).